

tión. En cuanto á las hipotecas legales no alcanzan más que á los bienes que pertenecen á los deudores. ¿Y puede decirse que los bienes de los ausentes pertenecen á los poseedores? Quedan los acreedores quirografarios. ¿Pueden tomar éstos los bienes del ausente? Por segunda vez es una herejía la pregunta. El que obliga su persona obliga sus bienes, pero no obliga, á la, verdad, los bienes que posee como administrador. Ahora bien, los poseedores poseen como administradores. Se necesitaría una presunción de muerte para que pudieran ser considerados como propietarios de los bienes del ausente. La ley no establece semejante presunción. Cuando menos se necesitaría que la ley declarara que son propietarios respecto de terceros; esto es lo que dice en el tercer período. Por lo mismo no puede admitirse ese principio en el segundo. Los poseedores provisionales permanecen, pues, como administradores; su posesión no es más que un depósito. Eso decide la cuestión. Agreguemos que los bienes del ausente son la prenda de sus acreedores. Lo que también excluye á los acreedores de los poseedores. Por último, la ley les prohíbe enajenar los bienes del ausente; ahora bien, los enajenarían indirectamente si pudiesen gravarlos por las deudas que contraen. En concepto nuestro debe decirse lo mismo de los muebles. Aun cuando se reconociera á los poseedores el derecho de vender los efectos muebles del ausente sería en calidad de administradores y no de propietarios. A la letra se concibe que el administrador enajena en interés de aquel cuyo patrimonio maneja; no se concibe que disponga de él en su propio interés.

§ V.—FIN DE LA POSESION PROVISIONAL.

199. La posesión provisional termina por la muerte del ausente. En todos los períodos de la ausencia la sucesión del ausente se abre desde el día de su defunción probada, en beneficio de los herederos más próximos en esta misma época. Si fueren otros parientes que los que han sido puestos en posesión les deben ser restituidos los bienes del ausente, deduciéndose los frutos aplicados á los poseedores (arts. 130 y 127).

También el regreso del ausente pone término á las medidas que la ley prescribe en razón de la ausencia. Conforme al artículo 131 terminan los efectos del fallo que ha declarado la ausencia, salvo que el tribunal provea á la administración de los bienes si el ausente ha dado noticias de su persona sin reaparecer ni constituir mandatario.

Si hay parientes más cercanos que los que obtuvieron la posesión pueden pedir ser puestos en ella de preferencia á los que la hubieren obtenido en perjuicio suyo.

Finalmente, termina la posesión provisional cuando haya lugar á declarar la toma de posesión definitiva (art. 129).

Más adelante examinaremos las cuestiones á que da lugar la aplicación de estos principios; conciernen á todos los períodos de la ausencia.

Antes de pasar á la posesión definitiva y al fin de la ausencia necesitamos tratar de los derechos que concede la ley al cónyuge presente cuando es común en bienes.

SECCION III.—Derechos del cónyuge presente.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

200. El art. 140 dice: "Si el cónyuge ausente no hubiere dejado parientes aptos para sucederle podrá el otro

cónyuge solicitar la posesión provisional de los bienes. Esta disposición es inútil porque no hace más que aplicar al cónyuge, sucesor irregular, el principio que establece el artículo 120 sobre los derechos de los presuntos herederos el día de la desaparición del ausente ó el de las últimas noticias de su persona. Debe agregarse que el artículo 140 está trunco; no habla de los hijos naturales del ausente, que están llamados á sucederle de preferencia al cónyuge, ni del Estado, que sucede á falta de cónyuge. No hay necesidad de decir que los hijos naturales y el Estado pueden solicitar la posesión provisional lo mismo que el cónyuge presente por ser igual su título. Finalmente, los sucesores irregulares tienen derecho no sólo á la posesión provisional, como dice el artículo 140 refiriéndose al cónyuge, también tienen derecho á la posesión definitiva, en virtud del artículo 129, que llama á todos los que tienen derecho á participar de los bienes del ausente.

201. La ley concede también otro derecho al cónyuge presente cuando es común en bienes; puede optar por la continuación de la comunidad ó pedir la disolución provisional. Si continúa la comunidad impide el ejercicio de todos los derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente (artículo 124). ¿Por qué concede el legislador este derecho al cónyuge común en bienes? La comunidad es una sociedad universal entre esposos; es la consecuencia de la comunidad de vida, de afectos y de intereses que produce el matrimonio. Ahora bien, subsistiendo el matrimonio apesar de la ausencia declarada es natural que también se conserve la sociedad de bienes que es la consecuencia de él. Verdad es que llega un momento en que queda disuelta la comunidad aun cuando subsista el matrimonio, y ésta es la época de la posesión definitiva. La ley, en el interés general y en el de los presuntos herederos, ha debido dictar medidas definitivas sobre la partición

de los bienes del ausente, medidas que no son, sin embargo, más que provisionales respecto de éste. En cuanto al matrimonio no se interrumpe más que por la muerte ó el divorcio, no puede disolverse provisionalmente. Hé ahí por qué durante el tercer período de la ausencia termina la vida común en cuanto á los intereses pecuniarios, pero se conserva el lazo moral. En el segundo período permite la ley al cónyuge presente continuar la comunidad, impidiendo así la posesión provisional de los presuntos herederos. Tiene, pues, preferencia sobre éstos. ¿Cuál es la razón? Primero puede invocarse el matrimonio que subsiste; puede invocarse el contrato que ata al cónyuge presente lo mismo que al ausente. La comunidad le da derechos ciertos, puesto que se derivan de un contrato, mientras que los derechos de los herederos son inciertos ó, como dice Bigot-Préameneu, precarios y provisionales. El legislador ha discurrido que los herederos no podían, contra la voluntad de una de las partes, romper un contrato sinalagmático. Además, no se trata, como bien se comprende, más que de administrar los bienes del ausente. Sentado esto ¿quién es el mejor administrador, los herederos que de un día á otro pueden ser separados por la vuelta del ausente ó el cónyuge que en caso de regreso no habrá hecho más que continuar la existencia común á que le da derecho la comunidad? ¿Por qué trastorno de ideas, pregunta el Orador del Gobierno, se nombraría administrador de una sociedad á los que son extraños á ella cuando el socio á medias se encuentra presente? (1)

202. El Código concede al cónyuge presente el derecho de conservar sus convenios matrimoniales contra los presuntos herederos del ausente; pero no le otorga ese derecho si no es común en bienes. La comunidad es legal ó con-

1 Exposición de los Motivos en Locré, t. II, ps. 256 y siguientes, núms. 23 y 24. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, ps. 235 y siguientes.

vencional. Es verdad que el cónyuge tiene la opción que le concede el art. 124 bajo el sistema de la comunidad convencional, lo mismo que bajo el sistema de la comunidad legal. La razón es la misma, puesto que existe siempre una sociedad de bienes entre los cónyuges, y en esta sociedad está fundado el derecho del esposo presente. Hay además otros tres sistemas: el exclusivo de comunidad, el de separación de bienes y el dotal. Estos sistemas tienen de común que no establecen sociedad alguna entre los cónyuges; están, por el contrario, separados de bienes. ¿Puede el cónyuge casado bajo estos tres sistemas solicitar la subsistencia de su contrato contra los presuntos herederos del ausente? Nó, el art. 124 es expreso, no concierne más que al cónyuge común en bienes. ¿Cuál es la razón de la diferencia que establece la ley entre los diversos sistemas?

Los autores están unánimes en censurar la disposición del art. 124. (1) ¿No descansan en un contrato todos los sistemas? ¿No da un contrato un derecho cierto al cónyuge del ausente? ¿este derecho que se deriva de un contrato no debe sobreponerse al derecho eventual y precario de los presuntos herederos? Se comprendería que la ley, fundándose en la probabilidad de muerte del ausente, termine en todas ocasiones su contrato de matrimonio, pero no se comprende que lo conserve bajo un sistema y lo disuelva bajo los demás. Proudhón ha tratado de justificar la distinción: «La ley, dice, sólo concede al cónyuge sociado el derecho de conservar sus contratos matrimoniales, porque ha querido que su favor fuese común á los dos cónyuges y que sólo bajo comunidad puede esto ser así.» (2) Eso es verdad, pero no decisivo. También es posible que bajo el sistema de comunidad convencional el cónyuge presente

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, ps. 263 y siguientes, núms. 271-273.

2 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 314.

tenga interés en terminar la sociedad de bienes que tiene contratada con el ausente; tiene derecho para proceder así conforme al art. 124. ¿Por qué, pues, no da la ley al cónyuge el derecho de conservar ó terminar los demás sistemas, según convenga á su interés? ¿Acaso el marido presente, casado bajo el sistema exclusivo de comunidad, no tiene interés en conservar su contrato de matrimonio que le asegura el goce de los bienes de su mujer? El mismo interés existe bajo el sistema de separación de bienes y bajo el sistema dotal. En el espíritu de la ley este interés es un derecho, derecho convencional, cierto, tanto como el derecho del cónyuge común en bienes. ¿Por qué la ley asegura el derecho del uno y no asegura el del otro? Inútilmente se buscaría una razón para justificar esta inconsecuencia; es preciso aceptarla porque es la ley.

203. ¿Puede el cónyuge común en bienes ejercitar el derecho que le concede el artículo 124 antes de que los presuntos herederos hayan solicitado la posesión provisional? Sí; Merlin lo demuestra, pero por un singular menosprecio comienza por hacer decir á la ley lo que no dice. El artículo 124 expresa que el cónyuge, al optar por la continuación de la comunidad, puede impedir la posesión provisional, lo que implica que la posesión provisional no se llevará á cabo; mientras que Merlin le hace decir que la opción del cónyuge impide el efecto de la posesión provisional, lo que supone que ha tenido lugar la posesión, pero que el cónyuge contiene los efectos de ella. El texto del Código decide, pues, nuestra cuestión, y el espíritu de la ley es también bastante claro. Si el legislador da la preferencia al cónyuge es porque el derecho de éste es cierto y el de los herederos es precario; ¿se concebiría que un derecho cierto estuviese subordinado á un derecho precario? Merlin invoca el art. 129, que es decisivo. Esta disposición fi-

ja el punto de partida del plazo de treinta años, después del cual todos los que tuvieren derecho pueden pedir la posesión definitiva de los bienes del ausente. ¿Cuál es ese punto de partida? *La posesión provisional ó la época en que el cónyuge haya tomado la administración de los bienes del ausente.* Resulta claramente de esta alternativa que el cónyuge común puede tomar la administración de los bienes del ausente antes de que los presuntos herederos hayan obtenido la posesión provisional, porque si no pudiera tomarla sino después sería indiferente la época en que la hubiese tomado en el cálculo del plazo de treinta años; este plazo correría siempre y necesariamente desde el día de la posesión provisional. (1) El argumento es ingenioso; por eso lo reproducimos, aunque en rigor se puede pasar sin él.

§ II — CONTINUACIÓN DE LA COMUNIDAD.

204. Según el art. 124 si el cónyuge presente opta por la continuación de la comunidad *toma ó conserva* de preferencia la administración de los bienes del ausente. *Toma*; esto supone que la mujer es la que está presente; *toma*, en efecto, una administración que no tenía. *Conserva*; esto supone que el marido es el que está presente; tenía ya la administración de la comunidad y de los bienes de su mujer; no hace, pues, más que continuarla; en este sentido la *conserva*. El cónyuge presente que opta por la continuación de la comunidad es juntamente administrador de los bienes comunes y de los de su cónyuge ausente. Es, sin embargo, de notarse que la ley no habla textualmente de la administración de la comunidad, no habla más que de la administración de los *bienes del ausente*. Parece, por lo mismo,

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 124, núm. 2 (tomo I. p. 65).

comprender los bienes comunes entre los bienes del ausente; en efecto, es copropietario, puesto que es socio. Veremos luego una consecuencia de este principio.

205. La opción del cónyuge por la continuación de la comunidad tiene un efecto considerable; impide no sólo la posesión de los presuntos herederos sino también el ejercicio provisional de todos los derechos subordinados á la condición de la muerte del ausente. Se concibe que la ley prefiera al cónyuge sobre los parientes legítimos y aun sobre los legatarios y herederos que se derivan de un contrato, porque el derecho de aquél es cierto. Por otra parte, el interés del ausente justifica esta preferencia. La administración de los bienes estará en una sola mano, adicta é interesada en la conservación de los derechos del ausente. Por último, era preciso, de absoluta necesidad, proveer á la administración de los bienes comunes y de los bienes personales del ausente; era necesario, de consiguiente, confiar esa administración, bien al cónyuge, bien á los herederos. No sucede lo mismo respecto de los bienes sobre los que los terceros tienen un derecho subordinado á la condición del fallecimiento del ausente. (1) Supongamos que el ausente es usufructuario; el nudo propietario tiene derecho á los bienes gravados de usufructo si el ausente ha muerto. Habiendo incertidumbre sobre la vida del ausente la probabilidad de su muerte va creciendo cada día. ¿Por qué no permitir al nudo propietario que ejercite provisionalmente su derecho? ¿Por qué dar la preferencia al cónyuge? El nudo propietario tiene un derecho cierto tanto como el cónyuge; mejor dicho, su derecho es más grande, porque el cónyuge administra bienes que no son suyos y que nunca le pertenecerán, puesto que existen presuntos herederos, mientras que el nudo propietario es, desde el pre-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 367, núm. 451.